

## 身分法の基礎理論のために

島 津 一 郎

わが親族法は、家族成員個人の利益を家族集団そのものの利益から分離し、それを保護しようとするものであるが、かような見解が法典のなかに実を結ぶに至るまでには更に長い期間を必要とした。

古ローマ法においては、家族成員のあらゆる利益は家族の首長の利益と見られた。家族の首長は、法律上の単位であつた家族集団を正式に代表するものであつた。したがつてたとえ家族成員に対する侵害は、法律的には首長に対する侵害とみられた。

このような状態をせんじつめれば、家族員の利益をもつばら家族の首長の個人的財産の利益と見る考え方に到達する。「家族が社会の単位である」という表現は、この段階においては、家族の首長だけが自由人であるという意であり、自由人である家族の首長は自己の権力に服する人々を統制する公の権限を与えられた。*'familia'* はオスク語の *'canel'* つまり奴婢、奴隷、所有物に由来する言葉である。また *'pater'* は所有者、所持人、主人などの意である。かくて古ローマの *'pater familias'* (家父) は、言葉の意義からいえば、奴隷の所有者であつた。彼は少くとも理論上は妻や子に対して、その動産や不動産に対するのと同様、絶対的な権利を有していた。*'manus'* に服する妻、*'potestas'* に服する子および *'mancipium'*

に服する奴隷は、法律的に見れば、他の所有物と同じく、財産として保護され、譲渡されうるものであつた。

しかしながら、やがて第二の段階においては、妻および子の財産権が承認されはじめ、遙かにおくれて、自然法の段階においては、法律上の単位を道德上の単位と一致せようとする考え方が、妻、子および奴隷の人格権を承認させた。妻および子の場合には、その人格権の承認によつて、家父がこれらの者に対して有する懲戒および監禁の権利が制限されるに至つた。現在第四の段階においては、妻および子の個人的利益は完全に集団の利益から解放され、そして妻および子に人間らしい生活が法的に保障されるのである (パウソ<sup>2)</sup>。

わが親族法は保族生活の規律に際して、家族を統一的な全体としその成員を全体の部分と見る観点からではなく、すべての家族員を法的に平等な立場の上で結び合わされた個人と見る観点から出発する (一条一二)。したがつて親族法は家族成員のもろゝの権利を相互に明確にし、保護しようとする<sup>3)</sup>。

1) R. Briffault, *The Mothers*, vol. II, pp. 346-7.

2) R. Pound, *Individual Interests in Domestic Relations*, *Selected Essays on Family Law* (compiled by Association

of American Law Schools, 1950), pp. 3-4.

3) Vgl. G. Beityke, Familienrecht, 2. Aufl., 1948, S.1.

## 二

人類解放の理想は、この領域においてはなかならず女性解放となつて現れる。しかれば女性解放の理想は、法律が紙の上で妻の権利を保障することによつて達せられるか。その答は次の引用文が与えてくれる。「家父長制家族とともにそしてさらに著しく単婚家族とともに家政処理は一つの私的労役となつた。近代の大工業が女性に社会的生産への道を再開した。しかも、妻が家庭の私的労役をはたせば、彼女は公的生産からしめだされたまゝで一文もかせぐことができないし、また公的生産に参加してひとりだちでかせぐと思えば、家庭の義務をはたすことができない」といつた具合である。近代の単婚は、妻の公然または隠然たる家内奴隷制のうえにきずかれています。夫は今日では所有者であり、家族の扶養者でなくてはならない。そしてこれが夫に支配者の地位を与えるのであつて、それにはなんら法律上の特別優先権を必要としない」。だからエンゲルスにとつては「女性解放の第一の前提条件は、公的産業への全女性の復帰であり、そのためにはまた社会の経済単位としての単婚家族の除去が要求されるのである」<sup>1)</sup>。

社会主義の文獻は、それまで家庭の妻に負わされた多くの責任を社会が代つて引き受けることが、女性解放の条件であることを常に強調する。社会主義が進んだ産業社会に樹立された場合には、かような考え方を現実に関連することは論理的な矛盾でもなければ、経

済的なユートピアでもない。たとえば産前産後の収入の確保、託児所、幼稚園の設立、台所の電化、住宅の合理化などを見よ。しかもこれらの措置は、子の養育は家庭に負わされた当然の役割であり、寮制度をとらなつた学校教育は単に補充的な制度にとどまると考えたりその話である。かような諸条件の上では、多数の女性が結婚後も勤めをやめないという考え方に変わるころは少しもない。右の措置は、多くの給与のよい職業をうることに對するの両性の實際上の平等や、同じ職業についた男女の収入の平等のための立派な基礎となるであらう。

しかしながら、古典的マルクシストに対する疑問は、右にあげたすべての措置が完全に実施されたと仮定したうえで、はじめて生ずる(シユレーシナール)<sup>2)</sup>。第一、果して財産相続が決定的役割を営むことをやめれば、「相互の愛慕以外にはどんな動機も残らない」であらうか。生産手段の私有制が廃止された後も、平等な社会への直接的移行が不可能であり、したがつて社会的な差異が存在するかぎりには——これらの差異がもつばら熟練と資格の程度の差に基くものであつても——、女性結婚に際して依然として高度の収入と社会的地位をもつ男を選ぶという経済的動機を免れえないであらうし、そうなれば女性の社会的身分が夫のそれに依存することになりはしないであらうか。

第二、資本主義社会における妻の従属的地位は、唯一のもしくは主な稼ぎ手としての夫の経済的地位だけによるものではなく、女性に特殊な生物学的事実にもよるものではないであらうか。十なわち生物学的な、あの母性愛によつて、女性にとつては、子が欲しいと

いう願望の満足を社会的生産に参加することのアクセサリーだとみることが、男性にとつてよりも遙かに困難だという事情にも由来するのではないだろうか。

この第二の疑問は、母性愛だけが深い意味で生物学的なものであつて、父性愛はそうではないという見解を基礎とする。いゝかえれば、母子の關係だけが生物学的存在であり、男がその女性配偶者と協力、分業して子を養育するという形は深い意味で生物学的なものではない、ということである。

こうした見解は、以前の反対説(マリノフスキー)<sup>3)</sup>にもかゝわらず、現在是有力な学説(ミード)によつて支持されている。何が生物学的なものであるかを究めるには、社会的伝統のとりこになつていない原始人よりもつと遡つて構造上最もわれ／＼に近い同類つまり霊長類の生態を調べればいゝわけである。ところがこの「霊長類においては雄は雌を養わない。幼い者を背負い、苦勞して困難を排しながら雌は自活するのである」<sup>4)</sup>。

とするならば、男が女とその子を養ふというのは人間に固有のことである。それは社会的発見であり、社会的伝統だということになる。母子の紐帯は明らかに妊娠、分娩および授乳といった現実の生物学的諸条件に深く根をおろしているものだから、極めて堅く強いものであるのに対し、男が他人を扶養するということは社会の伝統であり、学ばれるものであるから脆く弱いものである。だから、戦争、革命、飢饉などの極度の社会不安の時期には、社会的伝統を維持してきた社会の諸条件が破壊され、「人間は悪あがきをして、本来の単位が再び生物学的に与えられた母子となること」があるのではあ

る」<sup>5)</sup>。

こういう觀察が正しいならば、家族の将来について次のような懸念を生ずるのはもつともな話だ。たとえば、ソヴィエトにおいてもくろまれているように、私生母子が陽当りのよい母子寮をもつて酬いられ、国家が完全に男の扶養義務を肩代りして引き受け、しかも「かかる手続が国家によつて国民を以前のもしくは同時代の他の生活模式に関する知識から孤立させるほど長く固執されるならば、それが支配的にならないだろうなどと信すべき理由はないのである」<sup>6)</sup>。

もとよりソヴィエトにおいても、私生母子を国家的に保護するかたわら、単婚家族の維持強化がはかられている。いかなる国家といえども、すべての母子を扶養しうるほど、国家は豊かな財力を持ち合わせないであらう。だが母子だけが深い意味で生物学的なものだという認識は、私生母子の国家的保護(私生母子の国家による扶養と父に対する認知請求の禁止)<sup>7)</sup>という立法による急進的解決を理論上可能にするばかりでなく、私生子に関する伝統的立法の解釈にも微妙な影響をもつものと思う。

1) F. Engels, *Der Ursprung der Familie, usw.*, 23.

AufL, 1928, SS. 61-2 (選集三三九—三四〇頁)。

2) R. Schlesinger, *Changing Attitudes in Soviet Russia, The Family*, 1949, p.12.

3) B. Malinowski, *Sex and Repression in Savage Society*, 1927, pp. 210-211 には、次のような主張が見られる。「われ／＼は(高等哺乳類では)雄は缺くべからざるものである

ことを知っている。なぜなら長期の妊娠、授乳および幼い者の養育のために、雌や子は関心を寄せる強い保護者を必要とするからである。この必要に応じて婚姻という反射活動が現れる。雄に妊娠した雌の世話をするところの、この活動は出産によつて弱められるどころか、却つて一層強くなりそして遂には雄の側に家族全体を保護しようとする傾向を生ぜしめる。生物学的立場からは、雄雌間の夫婦愛は、父性愛に至る中間段階とみなされなければならない」(cf. Malinowski, *Article "Marriage"*, *Emory Brit.*, 14 ed., vol. 14, p. 940. しかし、かような見解は、プリフォードにとつては「いかなる動物生活の観察者にも全く未知である一つの自然観」であり、「人間の属性を人間以外のものに帰するところの自然観」であつた。プリフォードは、当時すでに次のごとく主張した。「子の配慮および養育のための特別の負担が動物の雄雌間に分業ないし協同を持ち来すような事はなかつた。たとえば、マリノフスキー教授のごときは、想像的な自然史のなかでそれらの分業ないし協同の存在を描き出していたようであるが、事実上、子を生み育てるという特別な負担にもかゝわらず、あらゆる動物の雌、それは高等猿人類ですら自ら食物を探索するのであり、なら特別の援助を雄から受けることなくその子を育てて行く」(富野訳「母性」一〇五頁)。

- 4) M. Mead, *Male and Female*, 1949, p. 189. ミードはかゝる認識を有名な動物学者 Zuckerman の *Functional Affinities of Man, Monkeys, and Apes* に負かぬ(2) (Cop.

cit., p. 386.)

- 5) Mead, op. cit., p. 192.

- 6) *Ibid.*, p. 197.

- 7) 一九四四年七月八日ソ同盟最高ソヴェエト幹部会布告 *Soviet Issuing*, op. cit., pp. 367 et seq.)

第三条 本布告の公布後出生した子を養育するため、次の額の国家補助を独身(未婚)の母に支給する。

子一人 月額 百ルーブル

子二人 月額 百五十ルーブル

子三人以上 月額 二百ルーブル

未婚の母に對する国家補助は、子が十二才に達するまで支給される。

三人以上の子を有する未婚の母は、本布告によつて多数の子を有する母が受ける通常の補助に加えて、本条に定められた国家補助を受ける。

未婚の母は、結婚後も、本条に定められた補助を受ける権利を失わない。以下略。

第二十条 婚姻登録をせずに同棲した者との間に生れた子を扶養するために母に与えられた、認知および扶養料請求の訴を裁判所に提起する現行の権利は、これを廃止する。

### 三

婚姻や家族はもと社会制度であつて、決して人間の内的自然や本能からつくられたものではなかつた。ロープの法学者達の正確な頭

脳は、人間の内的自然に属する事実と社会的伝統の所産との區別を見逃さなかつた。彼等は、母子の關係をたどる母系集団（氏族）は自然的事実であるが、父子の關係を中心とする父系組織（家族）は法的制度であると見た。

家族は法律上の婚姻によつてつくられる。この婚姻をとり結ぶことは、古ローマにおいてはパトリキの特権であつた。この特権は父の身分、財産を相続しうる嫡出の相続人をうることを内容とした。すなわち、パトリキは自己の財産を氏族にはなく家族に、母系の相続人ではなく父系の相続人に、他ならぬ自分の子に相続させるために、婚姻および家族の制度をつくりあげたのである（ブリフォート）<sup>2)</sup>。

制度としての婚姻は二つの大きな機能をもつ。一は性關係の安定をはかり、混乱を防ぐという機能であり、他は生れて来た子が誰に養ひ育て貰うか、誰の財産をどの程度相続するか、ということなどを定める機能である。文明社会では、多くの人々、ことに法律に暗い人々は前者の機能を重視するのであるが、婚姻の歴史を辿つてみると、後者の機能が婚姻制度の主要な機能であり、後者の機能が明確な形をとつた後に遙かにおくられて前者の機能が姿を現したということがわかる。性關係の規制者という役割は、一般的な性衝動が洗練されて個人的な性愛へと発展したことによつて、婚姻につけ加えられたものである。だから「本来のそして基本的な婚姻の機能は、新に生れる各人が、その中に生れてくる社会の社会機構において占める場所の決定である」（リヴァース）<sup>3)</sup>。

婚姻や家族は公の制度である。したがつて婚姻や家族に関する法

總じて親族法は、原則として強行規定である。また親族法上の行為の効果、内容は定型化される。親族法上の行為は必然的な定型行為 *ein notweniges Typengeschehniss* である。これらのことについて有名なイギリスの判例がいつたことは、そのまゝわれ／＼にもあてはまる。「婚姻は独特の契約 *contract sui generis* であり、ある点においてすべての他の契約と異つてゐる。したがつて他の契約を解釈し、適用するとき使用される法の原則はこれには適用されない。婚姻の身分は私法上のものであり、その形成はすべての他の契約のそれと同じく、両当事者の同意による。しかしそれは他の契約から次の点で異なる。すなわちそれから生ずる權利義務は両当事者間の合意による規制に完全に委ねられるのではなく一定の範圍において公の規則——それに対して両当事者はその意思の何等かの表示によつて統制を加えることはできない——の事柄である。それは婚内子に嫡出子たる身分と、その結果生ずる、あらゆる權利義務を与える。それは血族と姻族との關係を生ぜしめる。簡単にいえば、それは文明社会の全組織に浸透する」<sup>4)</sup>。

一般に身分行為は「独特」の法律行為であり、それから生ずる効果は「公の規則」によつて定型化されている。つぎに身分行為の定型化を行わねばならぬ根拠とそれを許す根拠とに分けて考察を進めることにする。

定型化を行わねばならぬ根拠は、いうまでもなく家族の維持、強化という社会目的である。前述のごとく、家族は私有財産制に対応して制度としてつくられたものであるならば、私有財産制が廃止されるとき家族もまた消滅するであらうか、という疑問が生ずる。こ

の疑問に対しては、——完全な共産社会は論外として——生産手段の私有制が廃止された社会においてもなお家族は社会の基礎として残る、と答へなければならぬ。そのような社会においてすら、父は母と協力、分業して子を養育する責任を免れえないであろう。家族の社会的意義は、私有財産制の擁護につきるものではない。父が右の義務を分担しないとすれば、健全、有能な社会人は減り、国家は浮浪児の多きになやむに違いない。かくて、国家は全社会構造の基礎としての家族の安定に強い関心を有するわけである。縁組、認知といった身分行為を要式行為とし、戸籍管掌者に対する届出によらしめることにしたのも、当事者の真意を確保し、それを公示させることによつて、子の父に対する相続権の確保もさることながら、社会の基礎としての家族関係の安定、明確化をはかつたからだと言えよう。

他方われ／＼は身分行為の定型化を許す根拠をも考えてみなければならぬ。その答は、身分行為の意思と財産行為の意思とを比較検討することによつてえられる。買物をするときなどは、その物が高いか安い、他の店ではどうか、果してそれだけの価値があるかなどを考慮する。選択と計算とを重ねるのである。財産行為の意思は一般にかような性質をもっており、意思が感情を抑制制御するようないふ意思だといえよう。これに反し、婚姻の意思は感情もしくは愛情に動かされた意思であり、感情や愛情が自己を実現するために働かせる意思である。それは時として盲目的であることさえあり、そこには選択才量の余地はない。養子縁組の場合は、多少の例外で、養親の方では老後を見て買うとか、養子の方では財産の相続をねら

うとか、大部打算が働いてくるが、家や親のための養子から子のための養子ということになり、それが文字通り実現されるとするならば、養子の養育も始めから愛情なしにはできぬことであろう。縁組はそれによつて親子関係の成立を擬制するものであるが、親子関係となるとはやそこには何の選択の余地もなくなる。このように身分行為には選択才量の余地がない、あるいは少いのであるから法律はあらかじめその効果、内容を規定し、準備しておくことができるのであつて、こゝに身分行為が定型行為であることを可能にする根拠が与えられる。

民法総則編の規定の殆んど全部が親族法に適用されえないということは、実質的には、かような身分行為の独特の性質、すなわち定型行為であること、および選択才量の余地が少ない行為であることに由来すると考えられる。一般的にいえば、身分法の原理は、事実（正確にいえば意思と血縁）のうゑに社会目的を生かして行く、ということではならぬと思う。

- 1) Briffault, op. cit., vol. I, pp. 521 et seq. プリファントは典拠として Digesta, ii. 4, iv. 5, Institutiones, iii. 5 を挙げる。

- 2) Briffault, op. cit., vol. II, pp. 344 et seq. プリファントは例外的にしか 'cives' になれなかつたが (Livy, iv. 2) 'iustae nuptiae' は 'cives' の間においてだけ行われたものと (Ulpianus, Fragm., v. 4) また十二表法追加表に 'conubium patribus cum plebe non est' とあることなどを、プリファントは合法婚姻がパトリキの特権であつたことの論拠とし、さら

に合法婚姻から生れた子 'justi liberi' のみが父の財産を相続しうる、といふことについては、Livius, xxxiii. 37 などを見れば根拠とする。こうした操作によつて導かれた結論は、多少と検討して見る余地があると思われるが、今は一応これを従ふ。

- 3) W. H. R. Rivers, *The History of Melanesian Society*, vol. II, p. 145.
- 4) Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts : Familienrecht*, S. 90.
- 5) Per Lord Robertson in the *Edmonstone*, etc. divorce cases, Court of Session, June 19th, 1916; *Everley's Law of Domestic Relations*, 6th ed, 1951, p. 3.
- 6) A. Godes, *The Conception of legal and of De Facto Marriage according to Soviet Law*, *Sovietskaya Yustitsia*, vol. for 1939, nos. 19-20, reproduced in Schlesinger, *op. cit.*, pp. 361-2.
- 7) 中川善之助 身分法の基礎理論 一頁以下参照。
- 8) 中川善之助 身分法の総則的課題 一九二頁参照。